

西方法哲学文库

论法学思维的三种模式

[德]卡尔·施密特/著

苏慧婕/译

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

西方法哲学文库



论法学思维的三种模式

[德] 卡尔·施密特 / 著
苏慧婕 / 译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

论法学思维的三种模式 / (德) 施密特著;
苏慧婕译. —北京: 中国法制出版社, 2012. 1
(西方法哲学文库)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3399 - 0

I. ①论… II. ①施…②苏… III. ①法学 - 研究
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 263345 号

策划编辑 周林刚

封面设计 李 宁

论法学思维的三种模式

LUN FAXUE SIWEI DE SANZHONG MOSHI

著者/ (德) 卡尔·施密特

译者/苏慧婕

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/850 × 1168 毫米 32

版次/2012 年 1 月第 1 版

印张/ 3.75 字数/ 60 千

2012 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3399 - 0

定价: 20.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66067024

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

西方法哲学文库

许章润 舒国滢/主编



Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens

By Carl Schmitt

©2006 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Unveränderte Ausgabe der 1934 in der

Hanseatischen Verlagsanstalt Hamburg erschienenen ersten Auflage

北京市版权局著作权合同登记号：01-2011-5858

本书译稿版权透过左岸文化出版社安排取得

北京市版权局著作权合同登记号：01-2011-6086

“西方法哲学文库” 总序

国人移译西方律典，介绍西方法学，始自清末变法改制。初为不得已，意在窥探富强之术，佐治更张。继则揣摩法理，求体用之变，将治式与治道通盘换过。再则于折冲衡平中，辨事实与规则的互动，究法意与人心的嬗变，努力将人世生活善予安顿。而凡此百年由东徂西，积劳积慧，既为华夏民族重构人世规则与人间秩序的悲壮奋斗接引学思，终亦必涓滴汇流，于人文类型的交融呼应中，为全体人类理想而惬意的人世生活之砥砺成型，尽吾华夏民族的法理之思。

“西方法哲学文库”接续前贤，择晚近已有定评的西人法理名篇，译为中文，汇为系列。凡传统所谓法理学法哲学之论述，不分大陆英美，体裁题材，尽在搜罗之列。法学同仁，白手起家，同心戮力，奉献于兹，裨丰富汉语法意，增益法制类型间的了解与通融。设若法律不仅是一种规则体系，同时并为一种意义体系，则文库编事，当在藉法意而通法制，探寻规则背后的意义，人生深处的人心；

设若晚近人类历史赫然昭示吾人者，不仅在法律为天下之公器，更在为民族之自然言说，其间必有需予调和周济者，则文库之编事，在求会通，当为此奉献一份祥和。此既为文库之缘起，更为编事之宗旨，而为全体译友之所寄托也！

许章润 舒国滢 谨识

孔诞两千五百五十二年，西元 2001 年秋

目 录

导 读(蔡宗珍)	1
第一章 法学思维模式的区分	45
一、规则模式或法规模式(规范论)与具体秩序模式	49
二、决定模式(决断论)	64
三、十九世纪的法实证论作为决断论思维与规范论 思维的综合体	70
第二章 法学思维模式在法律史整体发展中的归类	83
一、德国迄今的发展	85
二、英国与法国的发展	96
三、德国法学的当代情势	101
第三章 结 论	111

导 读

蔡宗珍（台大法律学系副教授）

序曲：《政治神学》中的规范论与决断论区分

卡尔·施密特有关法学思维类型的看法，可分为两个阶段，第一个阶段是《政治神学》一书中的法学思维类型的区分。虽然施密特于此书中，已经提到不同法学思维方式对政治性的影响，但当时他还只将法学思维方式分为规范论与决断论两种类型（Schmitt, 1993a: 39）。第二个阶段才是本书——《论法学思维的三种模式》中对于法学思维方式所分的三种类型之区分。因此，《政治神学》中有关规范论与决断论之区分，可视为是施密特讨论法学思维的序曲，也可说是《论法学思维的三种模式》的前身。

一九二二年发表的《政治神学》一书，副标题是“主权学说四论”，由此可以很清楚地看出，施密特的政治神学

理论是要处理主权的问题，而对于一个作为政治统一体最高与最终极权威的主权的探求，同时也意味着是对该政治统一体之支配正当性的探求。施密特之所以会在处理这样的探讨主题时，谈到规范论与决断论两种法学思维类型，目的其实是欲指出无法由规范论所证成、甚至可以说让法实证论几乎束手无策的主权性概念，其法理根源其实是在决断论思维，而其法的展现形式，则为一种“决定”。

施密特的论述步骤是，先直截了当地定义出主权的概念，从此一概念所蕴含的关键要素——决定的内涵以及与规范间的关系着手，清楚区隔两者后，再探求决定的法理依据。《政治神学》第二章的标题为“主权性（最高权威性）的问题作为法的形式与决定的问题”，仅从此一标题即不难看出施密特认为最高权威性之所在及其内涵，取决于终极的法究竟是存于规范，还是存于决定的问题。施密特在这一章中其实并未直接说明规范论思维模式的内涵，而是选定几位规范论思维的代表性学者，Kelsen、Krabbe 以及 Wolzendorf，针对其学说主张来加以探讨批判，除了指出欲以“规范”作为建构法学理论之圭臬所蕴藏的矛盾外，也对于规范论者欲从去个人性之（成文法）规范中得出所谓的“法”及其正当性主张深切质疑。

依施密特的看法，决断论思维是一种早于规范论所形

成，但在法实证论主张兴起后，却反遭忽视的一种法学思维。决断论所植基之“决定”本身，如同规范论所植基的法律规范，正是一种独立的法的来源，而且是较诸法规范更根本、更具实力的法源，绝非从规范中导出，且唯有此等法源，才能说明主权性的法理根源。《政治神学》一书的第一句话对于主权者的定义，正清楚揭示此一根源：“主权者，是那决定非常状态的人。”重点在于一个由个人性意志所支持的决定，不但使得正常状态翻转为非常状态，也拥有不必任何规范支持，径行冻结正常状态的全部法秩序的权力。原来支配正常状态的法——法律规范——因而退位，取而代之的是有权支持一个新的法秩序的主权者，也就是作出进入非常状态之决定的人。问题是，这种外于任何法规范而存在且可以否定法规范效力的“主权性决定”，又如何可以还是法学的要素呢？如何证成其乃属一种独立的法源呢？

对此，施密特的论述理路是，先界定规范效力的射程范围，区隔出规范与规范适用两者间的本质差异性，认定从抽象的规范中无法导出具体的决定（包括法院判决、具体的行政作用、个别的诫命等），换句话说，决定并不是来自适用规范的结果，而是一种无中生有的产物，来自虚无，决定的法效力绝非得自涵摄（Subsumtion）或法的论证结果

(das Resultat der Begründung) (Schmitt, 1993a: 38), 决定本身没有正确与否的问题, 而是个人性的意志作用。具有个人性的决定及其形式的权威性, 正是法学思维方式中决断论的特征所在。

由此来看主权与法秩序的关系, 则主权性作为一种进入非常状态的决定, 绝非由任何既有的法规范所授权, 亦非任何法规范所得加以限制, 不从属于法规范, 反而是法规范最终极的根源所在。此种决定本身, 正是法除了抽象法律规范之外的另一种——且较古老的——展现形式。决定正是一种法! 也因此, 法学思维也相应存有两种类型, 一是以法律规范为法之代表的规范论, 另一即是以决定为法之终极所在。从而, 主权的问题自然是一个法学问题, 只不过是不同于扣紧法律规范而思考的法学问题罢了。

以此方式, 施密特也将当时通行的法实证论界定为法学思维方法之一的展现而已, 并不代表法学思维方法的全部, 以法律表现的“规范”, 只是法的表现型态之一, 法律并不等同于法。至此, 主权概念所代表的特有的法学思维方式也就昭然若揭, 并获得法学领域内的正当性。施密特循此主张, 因而认为威玛宪法第四十八条有关总统的紧急命令权其实是一种具有主权性质的任务性独裁权, 此等主权之存在与行使并不仰赖法律的支持, 也不受法律的约束,

由此形成他有名的论点：总统行使该条所定的紧急命令权时，并不受该条明文规定之限制。

三种法学思维类型的提出

在《政治神学》之后，施密特在一九二一年的《论独裁》、一九二八年的《宪法学》、一九三一年的《宪法的守护者》均或多或少谈过规范论与决断论之区别，基本上不出《政治神学》中的主张，决断论可说是施密特此一时期的论述重点。然而，如果称呼施密特是“决断论者”，或是以“决断论”来代表其思想类型，也许只能到一九三三年为止。至迟于一九三三年他为《政治神学》二版写的序中已明确表明，法学思维方式应进一步区分为三种，除原有的规范论与决断论外，应该再加上制度论类型（*institutioneller Typus*），而且自承这是受到他自己的制度性保障（*institutionelle Garantie*）学说，以及深入研究 Maurice Hauriou 之制度理论的影响。

序文中提到，纯粹的规范论是以非个人性（*unpersönlich*）的规则来思考法学问题，决断论则是于一个个人性（*persönlich*）的决定中，贯彻那于政治处境中被正确认知到的良法，而制度性的法学思维方式则是于超个人

(überpersönlich) 的机制与组织中发展、掌握法的内涵。他认为,这三种思维方式刚好可以各自配置于其斯时所提出的政治统一体三种要素——国家、运动、人民,但均存有缺失。仰赖抽象法规的规范论思维,容易使得法矮化为功能性的法规,因而制造了国家官僚体制;决断论的法学思维藉由将“一瞬间”功能化,因此总是蕴含有错失植基于每个大型政治运作之上的实然状态的危险。而孤立的制度论思维却可能导向一种助长主权性、封建阶级性之发展的多元主义。因此,唯有以辩证方式诠释、理解“国家、运动、人民”的意涵,方得以超越三种法学思维方式各有所偏的缺失。当此之时,施密特已先行论断在法实证论的主导下,德国国家法学最终发展阶段的特征将是无法再面对、因应具体的宪政争议问题,只能逃避问题。他援用了威玛共和时期 Gerhard Anschütz 那句名言:“国家法到此为止”,^[1]来讽刺法实证论主导下国家法学自我否定的处境(Schmitt, 1993a: 8)。至此,施密特已经逐渐将其法学建构与纳粹政权的正当性加以结合,第三种法学思维类型——

[1] 一八六二年到一八六六年之间,普鲁士国会与国王之间爆发了预算案争议,史称“普鲁士宪法冲突”(Preussische Verfassungskonflikt),当时权威的公法学者 Gerhard Anschütz 说了这句有名的话:“国家法到此为止”,意味着该等宪法争议已非国家法学所可插手处理的问题。日后施密特常以此段历史来讽刺法实证论者逃避实际宪法争议,或置身事外的态度。

此时施密特还称之为“制度性思维”——的提出，已隐隐然有为纳粹政权进行法理论述的用意。

《论法学思维的三种模式》概观

于隔年一九三四年所发表的《论法学思维的三种模式》，施密特正式把他的法学思维类型作一完整的论述，但在内容上其实是延续《政治神学》一书第二章的内容。这篇长文是源自同年所做的两次演讲，一次是一九三四年二月二十一日在威廉皇帝学术促进会，另一次则是同年三月十日在柏林德国国家社会主义党法律人联盟的青年法学家会议，分别构成本书的两大部分。

第一部分是有关规范论、决断论与具体秩序论等三种法学思维方法的类型化分析。施密特首先讨论“规则或法规思维（规范论思维）与具体的秩序论思维”；接者则讨论决断论思维。有趣的是，施密特并未独立分析具体的秩序论，而是将具体的秩序论用来与规范论、决断论作对照、比较。在第一部分的最后，施密特以“十九世纪的法实证论作为决断论思维与法规思维的结合体”为标题，为法实证论的思维方式定性。从此一标题亦可看出，施密特并不认为法实证论是一种独立的法学思维方式，而是结合了决

断论思维与法规思维的一种法学思维的综合体罢了。

第二部分则是将此三种法学思维类型嵌入各自所属的法律史发展阶段之中来探讨其意义与影响。施密特先讨论了德国法学思维方式从古到今的发展历程；其次，则以英国与法国的发展情形作对照；最后，则是论断德国法学的当前处境。

三种法学思维类型的区分

施密特首先开宗明义地论断，法学思维方法不外三种，亦即以规范（规则或法规）为核心的法规思维方式，也就是规范论思维；其次是具体的秩序思维方式；^{〔2〕}第三种则是以决定为核心的决断论思维方式。至于盛行于十九世纪的法学实证论，施密特则认为并非独立的法学思维方式，毋宁只是决断论思维与规范论思维的结合体罢了。在这样的类型化之下，法律人所欲研究的“法”，也就不脱“法规”、“具体的秩序与形塑”、“决定”三种面貌，法律人所欲研究的对象，不外就是法规、决定、秩序与形塑，但法

〔2〕 在一九三三年《政治神学》二版序中，施密特将之称为“制度性的思维”，但本书第二章第三节谈到德国当前法学处境之时，特别说明了“制度性的思维”一词不妥之处，并代以“具体的秩序性思维或形塑性思维”。（Schmitt，1993c：48）

学终极的想法，也就是引导发展出法学内容的源头所在，则只会是规范、决定或是具体的秩序。任何法学思维主张，均可归于此三种类型之中，法学发展的各个历史阶段，也都可以依其内涵而分别归类于这三种法学思维方法之中。须注意的是，在此施密特关心的是法学思维方法的类型，而不是法学表现类型，因此，决定论或具体秩序论下当然也存在着法规，但这些法规并不是法的源头或终极形式，其地位远不若规范论思维下的法规。

施密特特别强调，本书所作的法学思维方法的类型化，是一种在法学工作之内所作的法学思维方法的分类，是一种具体的观察方法，也就是须连结到特定民族与特定时期的法学发展。他认为，一个特定的民族在一段特定的时间中，究竟是实践哪种法学思维方式的问题，极具影响性，因为不同的人民与种族可归属于不同的思维类型，且在某一特定思维类型的支配下，可以连结到一个对于该民族的精神性与政治性支配。换句话说，某一民族于一特定时期所采取的法学思维方式，足以影响到该民族于该时期的精神表现与政治支配内涵，同时也显示了其整体法秩序的基本想法，从而亦方可由此来辨识什么样的处境与方式，才是对这个具体的民族而言正常或典型的法律生活与法学思维。从这里也可看出，施密特分析法学思维方式的类型，

可不是在作纯学理性的探讨，而是有更大的企图心，想从法学思维型态导出某些政治支配的正当性，或者说，藉由清楚分辨法学思维型态，以确认“法”之所在及其内涵。从施密特一段影射犹太民族的话中不难看出此一重要端倪：“有一些民族没有土地，没有国家，没有教会，仅仅存在于‘法律’之中；也因此对他们来说，规范论的思维型态似乎是唯一理性的法学思维方式，其他的思维方式都显得无法理解、神秘的、异想天开的，或者是可笑的。”（Schmitt, 1993c: 9）这段话不但透露出施密特对于规范论以及他眼中之“没有国家的人民”——犹太民族的轻视，同时也泄露了他的种族主义思想，并再次显示了他早在一九二二年的《政治神学》一书中即已表露的主张，即规范论无法支援政治支配之法理需求。

以日耳曼民族法学思维的发展来看，施密特认为德国因为继受外来法学之故，因而走上法学思维取向的迷途。他认为，中世纪时期的日耳曼法学思维还是不折不扣的具体秩序论思维，但自从十五世纪首度继受了罗马法之后，国法学家便扬弃了具体秩序论思维，转而支持抽象规范论思维。到了十九世纪，德国二度继受外来的自由立宪主义之抽象规范论后，更使得德国宪法法学思维撤离具体实际的德国内在问题，而潜遁到“法治国”的抽象规范思维之